V.

Ueber heredis institutio excepta re certa.

Von Herrn Dr. Mandry,
Professor in Tübingen.

Neuner (Die Heredis Institutio ex re certa S. 37 f. vgl. auch S. 71, 93, 382) hat die heredis institutio excepta re certa als eine Art von institutio ex re certa aufgefaßt (vgl. auch Mühlenbruch Commentar XL. S. 167).

So viel ich sehe, hat diese Ansicht nirgends positiven Widerspruch erfahren, wenn sie auch, wie es scheint, nur von Vangerow (Lehrbuch der Pandekten II. 6. u. 7. Aufl. Anm. 2 B zu §. 449) und Vering (Römisches Erbrecht S. 316) ausdrücklich adoptirt worden ist (vgl. übrigens auch Unger, das österreichische Erbrecht §. 8 Note 6 am Schlusse).

Freilich ist diese Gleichstellung der beiden Arten von mangelhafter Erbeinsetzung durch Neuner nicht in der Weise durchgeführt worden, daß er die ziemlich complicirte Construction, mittelst deren bei der heredis institutio ex re certa sowohl die heredis institutio als die Beschränkung auf die res certa thunlichst aufrecht zu erhalten versucht werden, auch bei dieser angeblichen Unterart der heredis institutio ex re certa zur Anwendung gebracht hätte. Er begnügt sich vielmehr, durch seine Auffassung der heredis institutio excepta re deren Rectification und Aufrechterhaltung als Erbeinsetzung zu erklären (S. 37 f.), und sieht im Uebrigen, wenn dies die erkennbare Beziehung der Beschränkung auf eine durch die res excepta zu honorirende Person möglich macht, in der Beifügung derselben lediglich die Festsetzung eines Singularvermächtnisses (S. 93 f. vgl. mit S. 71 u. 382).

Hievon ist denn auch bei der Behandlung des Quartabzugs, bei der Beantwortung der Frage, ob der in solcher Weise eingesetzte Erbe zur Antretung gezwungen werden könne,

sowie bezüglich der Behandlung des Erben nach der Restitution der res certa ausgegangen, ohne daß die Unterordnung der heredis institutio excepta re certa unter die heredis institutio ex re certa bei irgend einer dieser Frage weiterhin irgendwie in Betracht käme (vgl. Neuner S. 93 u. 94).

Gegen diese Feststellung der in Beziehung auf die heredis institutio excepta re certa zur unmittelbaren Anwendung bestimmten Rechtssätze läßt sich nun meines Erachtens eine begründete Einwendung nicht erheben (vgl. auch Arndts, Lehrbuch der Pandekten §. 493 am Schlusse, Köppen, Grundriß des Erbrechts S. 35), und es erklärt dieser Umstand wohl zur Genüge die allseitige, wenn auch nur stillschweigende, Billigung der Neuner'schen Theorie.

Dieselbe erregt indessen ein Bedenken in Beziehung auf den Begriff der Erbfolge und deren Verhältniß zur Vermächtnißfolge; und es möchte dieses Bedenken immerhin gewichtig genug sein, um es zu rechtfertigen, wenn die Richtigkeit der principiellen Gleichstellung der heredis institutio excepta re certa mit der Einsetzung auf Einzelsachen einer Prüfung unterworfen wird.

Jenes Bedenken geht dahin:

Die heredis institutio excepta re certa kann nur dann heredis institutio ex re certa sein, wenn die Herausnahme einzelner Vermögensbestandtheile aus dem Nachlasse, in welchen der Erbe succediren soll, das universum jus zerstört, und hiedurch die Universalsuccession unmöglich macht. Denn die unzweifelhaft beabsichtigte Berufung zu der Gesammtnachfolge kann nicht als Berufung zur Einzelnachfolge aufgefaßt werden müssen, so lange die Succession, welche die Folge der Berufung ist, Gesammtnachfolge sein kann; die Nachfolge in das universum jus aber, welche mit der Berufung zur Erbschaft beabsichtigt wird, kann in Folge der Beifügung von res exceptae zur heredis institutio nur dann unmöglich werden, wenn durch das excipere einzelner res der der Gesammtnachfolge zu Grunde liegende Begriff des universum jus aufgehoben, einzig noch eine Mehrheit von ceterae res, solche als Einzelsachen gedacht, übrig gelassen wird.

Wäre es richtig, daß der Erbe in alle einzelnen Vermögensverhältnisse des Verstorbenen durch die Erbfolge succedirt, daß die Universalsuccession nothwendig und wesentlich eine Succession in alle Vermögensbestandtheile ist, die bisher ein Anderer hatte: so könnte jene nothwendige Voraussetzung der in Frage stehenden Ansicht allerdings einen Zweifel an der Richtigkeit der letzteren nicht erregen.

Allein dieser Annahme steht eine doppelte Erwägung im Wege.

Einmal handelt es sich bei der Erbfolge, wie dies namentlich Brinz (Lehrbuch der Pandecten II. S. 664 f.) in überzeugender Weise dargethan hat, einfach um Nachfolge in das Vermögen des Verstorbenen, nicht um Aufnahme der Persönlichkeit desselben, nicht um Eintritt in dessen vermögensrechtliche Persönlichkeit, oder wie dieser Vorgang sonst formulirt werden mag. So wenig nun der Lebende aufhört, ein Vermögen zu haben, so wenig selbst die Identität seines Vermögens alterirt wird, wenn ein oder eine Mehrheit von Bestandtheilen dieses Vermögens aufhören, demselben anzugehören: so wenig, sollte man meinen, hört das Vermögen des Verstorbenen auf, Vermögen (hereditas) zu sein, wenn eine oder einzelne bis dahin zu demselben gehörige Sachen durch den Willen des Erblassers mit dessen Tode aus dem Vermögen weggenommen und zu Objecten von Singularsuccessionen gemacht werden. Allerdings ist es das Vermögen als Ganzes, als einheitliches Ganzes, in welches oder vielmehr durch dessen Uebernahme der Erbe in die einzelnen Vermögensbestandtheile succedirt (Brinz a. a. O. 656). Allein durch diese Bezeichnung kann und will nichts anderes hervorgehoben werden, als daß es sich um das Vermögen und nicht um dessen einzelne Bestandtheile als solche, d. h. daß es sich um die einzelnen zu demselben gehörenden Rechte und Verbindlichkeiten nur deßwegen und insoweit handelt, weil und inwieweit sie Bestandtheile des in Frage stehenden Vermögens sind. Die an sich getrennten, außer jeder gegenseitigen Beziehung stehenden Eigenthumsrechte an den einzelnen körperlichen Sachen, Forderungen gegen die verschiedenen Schuldner, Schulden aus differenten Verpflichtungsgründen kommen ja überhaupt nur dadurch in ein wechselseitiges Verhältniß, daß sie

sich auf die eine Person des Vermögensinhabers als Eigenthümers, Gläubigers, Schuldners beziehen. Mit der Existenz des Vermögens als eines auf einen einheitlichen Mittelpunkt bezüglichen Complexes von Rechten und Verbindlichkeiten ist deßhalb immer und nothwendig diejenige Einheitlichkeit und Zusammengehörigkeit der einzelnen Bestandtheile gegeben, die es möglich macht, das Vermögen als Ganzes, als einheitliches Ganzes aufzufassen. Eine weitere Einheitlichkeit oder Ganzheit des Vermögens aber setzt auch die Beerbung nicht voraus. Nur wenn die Herausnahme eines oder einzelner Bestandtheile aus einem concreten Vermögen dieses Vermögen überhaupt in seine einzelnen Bestandtheile zerfallen machen würde, nur wenn dem fundus exceptus, dem ususfructus exceptus nothwendig die ceterae res als Einzelsachen, Einzelrechte, Einzelschulden gegenüberstehen würden, wäre die Auffassung des Vermögens als der numerischen Gesammtheit der einzelnen Bestandtheile und hiemit die Uebereinstimmung der Neuner'schen Auffassung der heredis institutio excepta re certa mit dem Begriffe der Universalsuccession zuzugeben.

Weiterhin zeigt die Zulässigkeit direct wirkender Vermächtnißverfügungen, daß Universalsuccession und Ausschließung einzelner Vermögensbestandtheile aus dem auf den Erben übergehenden Vermögen sich nicht widersprechen. Bekanntlich ging die per vindicationem legirte Sache auf den Vermächtnißnehmer über, ohne je in das Vermögen des Erben gekommen zu sein (Gaius II. 194). Die römische Jurisprudenz aber nahm hieran so wenig Anstoß, daß diejenige der Schulen, welche zum Erwerbe des Vermächtnisses Willenserklärung des Legatars verlangte, die legirten Sachen bis zu dieser Willenserklärung lieber als res nullius betrachtet wissen wollte, denn als res heredis, und daß dieselbe Schule die gleiche Ansicht im Falle eines bedingten Vindicationslegates für die Zeit zwischen dem Tode des Erblassers und dem Eintritte der Bedingung vertrat (Gai. II. 200 vgl. mit 195). Und der justinianischen Gesetzgebung erschien dieser unmittelbare Uebergang des im Vermögen des Erblassers befindlichen Vermächtnißgegenstandes offenbar ebenso unbedenklich: sie wäre sonst wohl nicht auf

den Gedanken gekommen, denselben so weit irgend thunlich zu verallgemeinern (L. 1 C. communia de leg. et fideic. 6, 43). Der Beweiskraft dieses Argumentes kann auch die unleugbare Beziehung der Vermächtnißdisposition und speciell des legatum zur Universalsuccession beziehungsweise zur heredis institutio keinen Abbruch thun. Es ist allerdings richtig, daß die Gültigkeit der Vermächtnißdisposition die unmittelbare Universalsuccession, die Gültigkeit des alt-civilen Legats selbst die Erbfolge aus dem Testamente voraussetzt; es ist weiterhin nicht zu bestreiten, daß ab herede legirt wird, und auch das Vermächtniß des neueren Rechtes direct oder indirect als Belastung des Erben erscheint; es ist endlich — jedenfalls für das neuere Recht — selbst neben dem unmittelbaren Uebergange des dinglichen Rechtes die Entstehung einer Obligation des Onerirten zu Gunsten des Vermächtnißnehmers in nicht zu beanstandender Weise festgestellt. Allein alle diese Beziehungen der Vermächtnißfolge zur Erbfolge hindern doch nicht, daß die Universalsuccession vor sich geht, obwohl einzelne zur hereditas gehörige Sachen und Rechte mit dem universum jus nicht auf den Erben übergehen, sondern durch den Willen des Erblassers aus der hereditas herausgenommen und zu Objecten der Singularsuccession gemacht sind. Ist es nun richtig, daß ohne Widerspruch zwischen dem Begriffe der Universalsuccession und der Herausnahme einzelner res aus dem universum jus die Auffassung der heredis institutio excepta re certa als einer institutio ex re certa begrifflich nicht gerechtfertigt ist so läßt sich nicht in Abrede ziehen, daß die angeführte directe Wirkung der Vermächtnißdisposition mit der Neuner'schen Theorie von der her. institutio excepta re certa nicht harmoniren will.

Ist aber diese Theorie nicht durch die Auffassung der Quellen nothwendig gemacht?

Auch diese Frage möchte, sobald die Argumentation aus dem Begriffe der Universalsuccession bei Seite gelassen werden kann und muß, unbedenklich zu verneinen sein.

Vor Allem dürfen die Stellen, welche die an die Berufung auf einzelne res certae sich anschließende Berufung auf die

ceterae res als Berufung auf res certae behandeln [1]), nicht zum Beweise für die Richtigkeit der Neuner'schen Aufstellung gebraucht werden — wie solche denn auch von Neuner in dieser Beziehung nicht angeführt werden. Das Vermögen besteht naturgemäß aus Einzelsachen und Einzelrechten; will dasselbe vom Testator in diese Einzelbestandtheile aufgelöst werden, so steht seine Disposition allerdings im Widerspruch mit dem Begriffe der Universalsuccession. Eine solche Auflösung nimmt aber der Testator vor, wenn er auf urbana praedia, auf rustica praedia und auf die ceterae res ruft. Auch der auf die ceterae res Eingesetzte ist eben auf res d. h. auf Einzelrechte, nicht auf das Vermögen, das universum jus, gerufen, auch nicht auf das Vermögen, wie es nach Herausnahme der urbana und rustica praedia als Vermögen existirt. Nun wäre es allerdings denkbar, daß die römische Jurisprudenz eine derartige Auflösung des Vermögensbegriffes und Zerlegung des Vermögens in dessen einzelne Bestandtheile schon in einer Verfügung gefunden hätte, laut welcher der Testator die Erbeinsetzung ausdrücklich auf einzelne Sachen nicht bezogen wissen will (excepto fundo heres esto); mit andern Worten: daß sie eine derartige Einsetzung aufgefaßt hätte, wie wenn es hieße: excepto fundo heres esto ceterarum rerum. Wahrscheinlich ist dies freilich von vornherein nicht, — hätte sich doch bei dieser Auslegung die röm. Jurisprudenz ohne Nöthigung durch den Wortlaut, ja im Widerspruche mit solchem eine Schwierigkeit geschaffen, lediglich um solche durch nachträgliche Entfernung der hineininterpretirten Worte wieder beseitigen und hierdurch die Verfügung haltbar machen zu müssen. Jedenfalls aber müßten anderweite Belege für diese

1) Vgl. namentlich L. 17 pr. de testam. milit. 29, 1 (Gaius, libro XV. ad Ed. provinc.): Si certarum rerum heredes instituerit miles, veluti alium urbanorum praediorum, alium rusticorum, alium caeterarum rerum, valebit institutio, perindeque habebitur, atque si sine partibus heredes eos instituisset, resque omnes suas per praeceptionem cuique legando distribuisset. Außerdem §. 1 desselben Gesetzes; L. 16 pr. de comp. 16, 2 (Papinianus libro III. Quaest.); L. 25 §. 1 familiae erciso. 10, 2 (Paulus libro XXIII. ad Edictum).

Behandlungsweise beigebracht werden, wenn sie als erwiesen sollte angesehen werden können.

Zunächst könnte nun als solcher Beleg die L. 16 §. 6 ad SC. Treb. 36, 1 (Ulp. lib. IV. Fideicomm.) erscheinen. Sie sagt:

Sed et si miles rogaverit quem res Italicas restituere, vel res provinciales, dicendum est, suspectam dicentem cogi adire et restituere; nam, ut eleganter Maecianus libro sexto Fideicommissorum ait, qua ratione excepta re miles heredem instituere potest, actionesque ei dabuntur, pari ratione etiam ex Trebelliano transibunt actiones. Et quamvis placeat, quum quis hereditatem bonaque, quae sibi ab aliquo obvenerunt, vel quae in aliqua regione habet, restituere rogat, ex Trebelliano non transeant actiones, tamen contra responderi in militis testamento ait; nam sicuti concessum est, inquit, militibus circa institutionem separare species bonorum, ita et si per fideicommissum ab institutis heredibus id fecerit, admitteretur Trebellianum Senatusconsultum.

Würde in der Stelle statt der hervorgehobenen Worte „ex certa re" zu lesen sein, wie dies z. B. in der glossirten Ausgabe Lugduni 1551, bei Taurelli und Haloander, von Neuner (a. a. O. S. 501, Note 30) vorgeschlagen wird, so verlöre dieselbe alle Bedeutung für die vorliegende Frage. So lange indeß nicht etwa durch die gegenwärtig im Werke begriffene wiederholte Untersuchung des Codex Florentinus constatirt ist, daß „excepta re" in solchem keinen oder wenigstens keinen sicheren Anhaltspunkt findet, kann diese angeblich florentinische Lesart nicht ohne Weiteres bei Seite geschoben werden (vgl. auch Gothofred zu L. 16 §. 6 cit., Contius, in Gebauer-Spangenberg angeführt, Hasse im rhein. Museum III. 5, 36, Note 41, Mühlenbruch im Commentar XLII. S. 118.). Von ihr ausgehend, könnte nun folgender Maßen argumentirt werden: es liege dem Juristen die Frage vor, ob das nur bei einem Universalfideicommisse begründete Zwangsrecht gegen den Fiduciar auch dann eintrete, wenn in einem Soldatentestamente die Restitution der

res italicae, der res provinciales angeordnet sei; die Einsetzung auf res italicae oder res provinciales sei aber unzweifelhaft Einsetzung auf res certae (L. 17 pr. vgl. mit §. 1 de test. mil. 29, 1, L. 78 pr. de hered. instit. 28, 5); wenn deßhalb der Jurist seine bejahende Antwort darauf stütze, daß ja auch die von einem Soldaten vorgenommene heredis institutio excepta re certa zur Universalsuccession führe: so müsse derselbe die her. institutio excepta re als eine Art von heredis institutio ex re certa ansehen. Eine Unterstützung dieser Annahme könnte dann noch darin gefunden werden, daß im Schlußsatze (Nam sicuti etc.) als Ausgangspunkt für die Entscheidung die dem Soldaten zustehende Befugniß angeführt werde, die Erbschaft in ihre einzelnen Bestandtheile aufzulösen (separare species bonorum), ohne doch eine wirksame Einsetzung (circa institutionem) hierdurch unmöglich zu machen. Indessen erweist eine genauere Betrachtung des Gesetzes diese Schlußfolgerung als trüglich. Wenn Mäcian sagt: der Soldat könne excepta re einen heres instituiren, und fortfährt: actionesque ei dabuntur, so kann er unter dem Erben, der durch die Anerkennung des Uebergangs der Forderungen als Universalsuccessor anerkannt wird, nicht den heres verstehen, der die res excepta nicht bekommen soll. Denn dieser heres wird ja auch jure communi als heres anerkannt, und zwar jedenfalls schon seit den Zeiten des Aquilius Gallus (L. 74 pr. de her. inst. 28, 5). Er muß vielmehr mit jenen Worten auf Denjenigen hinweisen wollen, dem der testirende miles durch die exceptio von res certae solche zuweisen will oder wenigstens in Wirklichkeit zuweist, und der als Erbe betrachtet wird, weil es dem miles zusteht, die species bonorum zu separiren, also auch zusteht, durch die Herausnahme einzelner Vermögensstücke aus dem Nachlasse und die ausdrückliche Erklärung, daß die Erbeinsetzung sich auf solche nicht beziehen soll, eine zweite Erbschaft zu schaffen (L. 17 §. 1 de test. mil. 29, 1), auf die dann die im letzten Willen erkenntlich gemachten Personen oder aber die Intestaterben gerufen werden. Ergibt hienach die Stelle auf der einen Seite eine nicht uninteressante Entscheidung eines bei Neuner, so viel ich sehe, nicht hervorge-

hobenen Falles (vgl. übrigens S. 503, Note 33), so ist sie doch auf der anderen Seite für die hier vorliegende Frage durchaus bedeutungslos.

Eine ähnliche Schlußfolgerung, wie die besprochene Stelle, scheint die L. 19 de lib. et posth. 28, 2 (Paulus libro I. ad Vitellium) nahe zu legen. Dieselbe wird denn auch von Reuner (a. a. O. S. 50 f.) als Beleg für seine Ansicht benutzt. Sie lautet:

Quum quidam filiam ex asse heredem scripsisset, filioque, quem in potestate habebat, decem legasset, adjecit: „et in cetera parte exheres mihi erit", et quaereretur, an recte exheredatus videretur, Scaevola respondit: non videri; et in disputando adjiciebat, ideo non valere, quoniam nec fundi exheres esse jussus recte exheredaretur, aliamque causam esse institutionis, quae benigne acciperetur, exheredationes autem non essent adjuvandae.

Die exheredatio von einem fundus und die Enterbung von dem nach Abzug der legirten Decem übrig bleibenden Nachlasse (in cetera parte) sind neben einander gestellt; für die Ungültigkeit der letztangeführten exheredatio wird die Ungültigkeit der exheredatio rei certae als Beweis angeführt, und schließlich ist noch ausdrücklich auf die bezüglich der Erbeinsetzung allmälig zugelassene benigna interpretatio hingewiesen. Sollte dies nicht darthun, daß die exheredatio excepta re und mit ihr die ihr gleichgestellte institutio excepta re den Nachlaß in seine einzelnen Bestandtheile auflöst, also ein universum jus nicht mehr übrig läßt? Die Entscheidung selbst liefert diesen Beweis keinenfalls. Der Testator hat decem legirt und a cetera parte exherebirt; hätte er die exheredatio ohne Beisatz ausgesprochen, so wäre sie zweifellos als exheredatio ab omni hereditate anzusehen und als solche gültig. Nicht die Herausnahme einzelner Nachlaßbestandtheile als solche ist es also, welche die Ungültigkeit der exheredatio herbeiführt, sondern die Beifügung der Worte: in cetera parte zur Exheredationsformel. Daß dieser Beisatz aber die Ungültigkeit der Exheredation zur Folge hat, hat keineswegs seinen

Grund in der Annahme des Scävola, daß die Erwähnung der cetera pars das Vermögen in seine Bestandtheile auflöse (Neuner a. a. O. S. 52). Der nahe liegende Grund ist vielmehr darin zu sehen, daß in Folge des Beisatzes in cetera parte die exheredatio die decem nicht umfaßt. Nun mindert die Vermächtnißdisposition nicht unbedingt die hereditas um die decem, welche ihren Gegenstand bilden. Die Disposition kann ja zusammenfallen, das Vermächtnißrecht nicht erworben werden, die vermachte Summe also in der hereditas verbleiben. Für diesen Fall wäre die exheredatio ungenügend, da derselben unerachtet der Sohn Erbfolgerecht in Beziehung auf die Zehn hätte: diese Möglichkeit aber genügt bei der mehr auf Vernichtung als auf Aufrechterhaltung der Enterbungen gerichteten Tendenz der röm. Jurisprudenz, die exheredatio von vornherein und unbedingt als nichtig zu betrachten. (A. Schmidt, das formelle Recht der Notherben, S. 51 und 52.) Dieser Auffassung steht auch der Schlußsatz (et in disputando adjiciebat etc.) nicht entgegen. Denn er besagt schließlich doch nichts Weiteres, als daß die Nichtigkeit der exheredatio ex certo fundo darthue, wie bei der Exheredation die benigna interpretatio nicht maßgebend sei, welche zur Aufrechterhaltung der institutio ex certa re führe, also auch die Behandlung der exheredatio ex cetera parte als einer nichtigen rechtfertige.

Das hauptsächlichste Gewicht legt übrigens Neuner nicht der eben besprochenen L. 19 de lib. et posth. bei, sondern der L. 74 de hered. instit. 28, 5 (Licinius Rufinus libro II. Regularum):

> Si ita quis heres institutus fuerit: „excepto fundo, excepto usufructu heres esto“, perinde erit jure civili, atque si sine ea re heres institutus esset, idque auctoritate Galli Aquilii factum est.

Sie ist allerdings die einzige Stelle, die nicht blos einer institutio excepta re certa erwähnt, sondern auch die in solcher zu Tage tretende Schwierigkeit heraushebt und zu lösen versucht. Der Neuner'schen Auffassung scheint aber dieselbe kaum irgend eine Unterstützung zu gewähren.

Daß gerade die entscheidenden Worte der Stelle (excepto fundo, excepto usufructu) angefochten sind, und durch die Worte ex certo fundo, ex certo usufructu, oder aber ex certo fundo excepto usufructu ersetzt werden wollen (vgl. hierüber Mühlenbruch XL. 166 u. 167; Neuner a. a. O. S. 38 u. 39), kann bei Seite gelassen werden, obwohl die Worte „sine ea re" auf eine vorausgehende directe institutio ex re certa hinzuweisen scheinen. Denn die vorgeschlagenen Lesarten entbehren bis jetzt der nöthigen handschriftlichen Auctorität und würden, wenn richtig, das Fragment für die vorliegende Frage bedeutungslos machen. Die Prüfung der Stelle ist also nur von dem gewöhnlichen Texte aus erforderlich.[2] Ausgehend von dem gewöhnlichen Texte muß nun mit Neuner und der Mehrzahl der Interpreten (vgl. namentlich auch Cujacius, Duarenus ad h. l.) als zweifellos angenommen werden, daß mit den Worten „sine ea re" das Gleiche besagt werden will, was die Worte „detracta rei mentione" oder „detracta rei exceptione", „sine rei exceptione" besagen würden — so wenig präcis und scharf auch bei dieser Annahme der Gedanke ausgedrückt ist. Denn eine andere Auslegung, die in den Worten etwa die Bestimmung finden wollte, daß der Erbe die excipirte Sache nicht bekomme, steht nicht blos im Widerspruche mit den zur Zeit des Gallus Aquilius geltenden Rechtssätzen (Neuner S. 37—40), sondern auch mit den Worten, die, sollten auch die Worte „sine ea re" auf eine Beschränkung hinweisen, doch

---

2) Neuner sagt (S. 38 N. 38): „Die Vulgata lese: ex certo fundo excepto usufructu, was im Wesentlichen denselben Sinn gebe, wie die Lesart der Florentina; der casus zu der Stelle in der Glosse sei nach der Lesart der Vulgata eingerichtet, die Glosse selbst folge der Florentina." Ich finde in der gewöhnlich als maßgebend anerkannten Ausgabe (Lugduni 1551) keine von der lectio Florentina abweichende Lesart und ebensowenig den angedeuteten Inhalt des casus. Wäre übrigens die Lesart „ex certo fundo excepto usufructu" beglaubigt, so würde sie doch wohl nicht im Wesentlichen denselben Sinn geben, wie die lectio Florentina, sondern bewirken, daß die Stelle von der Einsetzung auf die nuda proprietas eines fundus, also nur von der institutio ex re certa zu verstehen wäre.

nicht den Erwerb, sondern die Berufung als beschränkt bezeichnen würden. Der sprachlich am Nächsten liegenden Annahme aber, daß die Worte „sine ea re“ der Einsetzungsformel angehören, steht nicht blos entgegen, daß sich im Corp. Iur. nirgends eine Bestimmung über eine derartig formulirte beschränkte Erbeinsetzung findet, sondern auch und namentlich, daß eine solche Gleichstellung der beiden Formeln der Auctorität des Gallus Aquilius nicht bedurft hätte.

Müssen jene Worte in der angeführten Weise verstanden werden, so besagt die Stelle unmittelbar Nichts Anderes, als daß eine heredis institutio excepta re certa als Erbeinsetzung aufrecht erhalten werde, wie wenn ihr die Beschränkung nicht beigefügt wäre — wobei die Worte „jure civili“ im Sinne des Rufinus wohl darauf hindeuten sollen, daß neben dieser Aufrechterhaltung der Einsetzung durch neueres Kaiserrecht (extra ordinem) die Beschränkung unter Umständen eine Bedeutung als stillschweigendes Fideicommiß habe (vgl. L. 86 pr. de leg. II. — Paulus libro XIII. Responsorum). Wie soll nun aber ein Fragment, das lediglich diesen Inhalt hat, einen Beweis für die Neuner'sche Auffassung liefern? Neuner begründet die Beweiskraft durch die Hinweisung auf die ausdrücklich hervorgehobene Auctorität des Aquilius Gallus: Einer solchen Auctorität habe die Annahme allerdings bedurft, daß eine institutio gelten solle, die, um der Beifügung der Ausschlußbestimmung willen, als institutio ex re certa erschienen sei (S. 41 u. 42).

Es liegt auf der Hand, daß diese Argumentation nur dann richtig sein kann, wenn ohne die Auffassung der her. inst. excepta re certa als einer institutio ex re certa die Aufrechterhaltung der Disposition zu Zweifeln keinen Anlaß geben, also auch weder die Erhaltung des Andenkens an den erstmaligen Constituenten des Satzes noch später die Berufung auf solchen rechtfertigen konnte. Indessen ist gerade diese Voraussetzung nicht als zutreffend anzuerkennen. Die Beifügung „excepto fundo, excepto usufructu“ zur Erbeinsetzung steht mit deren Zweck und Wesen allerdings im Widerspruche: auch wenn die röm. Jurisprudenz nie daran dachte, eine in dieser

Weise beschränkte Erbeinsetzung als Einsetzung auf Einzelsachen anzusehen. Mit deren Wesen: Die heredis institutio ist das zur Berufung eines Nachfolgers in das universum jus bestimmte und solche bedingende Rechtsgeschäft; die exceptio von res certae bezweckt dagegen die Minderung des Nachlasses und den Ausschluß einzelner Nachlaßbestandtheile von dem Uebergange auf den Erben. Mit dem Zweck der Erbeinsetzung: Wenn überhaupt einmal testirt wird, soll das Schicksal sämmtlicher Nachlaßbestandtheile durch den letzten Willen bestimmt werden: quia pro parte testatus, pro parte intestatus decedere nemo potest. Zur Bewirkung der Universalsuccession ist die Erbeinsetzung, zur Bewirkung der Einzelnachfolge das Vermächtniß bestimmt. Könnte nun der Erblasser, ohne ein Vermächtniß zu errichten, durch eine der Erbeinsetzung beigefügte Beschränkung einzelne Vermögensbestandtheile der Universalsuccession entziehen, so wäre die Folge, daß für solche keine Rechtsnachfolge aus dem Testamente, also überhaupt keine Rechtsnachfolge eintreten könnte — ganz anders, als wenn derselbe Zweck durch eine Vermächtnißdisposition angestrebt wird, die als solche Singularsuccession zu begründen vermag und für den Fall ihrer Unwirksamkeit in solcher Verbindung mit der heredis institutio steht, daß sich die Nachfolge des Erben unbehindert auf das nunmehr dennoch oder wiederum zur hereditas gehörende Nachlaßstück beziehen kann. Der Widerspruch liegt also nicht darin, daß die her. institutio auf das universum jus ruft, die Beschränkung derselben aber das universum jus in seine Bestandtheile auflöst und nur einzelne res exiſtiren läßt, sondern darin, daß auf das universum jus gerufen ist, Vermögensbestandtheile aber als nicht zum Nachlaßvermögen gehörig behandelt werden, die in Wirklichkeit zu solchem gehören, und durch die heredis institutio deren Wesen und Zweck nach nicht aus demselben weggenommen werden können. — Ob nun bei einem solchen inneren Widerspruche zwischen den einzelnen Theilen einer einheitlichen Verfügung dieselbe ihrem ganzen Umfange nach als nichtig erscheine, oder aber der außergewöhnliche und widersprechende Bestandtheil zu beseitigen sei: das mochte keineswegs von vornherein außer

allem Zweifel sein (Mühlenbruch Commentar XL. S. 167, Note 2), — zeigen doch auch in Beziehung auf andere im classischen Rechte für ungültig erklärte Beisätze die uns überlieferten Fragmente das anfängliche Schwanken der Doctrin. So ist gerade in Bezug auf die heredis institutio ex re certa die allmälige, auf benigna interpretatio zurückzuführende Entstehung des Satzes, daß die institutio aufrecht erhalten und die certa res detrahirt werden müsse, aus L. 35 pr. u. 52 de her. inst. 28, 5 (Ulp. libro IV. Disp.), L. 19 de lib. et posth. 28, 2 (Paulus libro I. ad Vitellium) und anderen Stellen zu ersehen (Reuner S. 47). So wird auch das Detrahiren der conditio impossibilis erst allmälig festen Rechtens [3]), und ist in Beziehung auf diesen Zusatz in der L. 45 de hered. inst. 28, 5 (Alphenus libro II. Digest. a Paulo epitomatorum) ganz in ähnlicher Weise die Auctorität des Servius in Bezug genommen, wie in der L. 74 cit. die Auctorität des nur wenig älteren Aquilius Gallus.

Noch eine andere Stelle befaßt sich direct und ex professo mit der her. inst. excepta re certa, indem sie ein Testament mit einer solchen Einsetzung anführt und die Frage beantwortet, welchen Umfang die res excepta habe. Es ist die L. 86 pr. de legatis II. (31) Paulus lib. XIII. Responsorum. Wie indeß ihr Wortlaut ergibt:

> „Caius Seius pronepos meus heres mihi esto ex semisse bonorum meorum, excepta domu mea et paterna, in quibus habito, cum omnibus quae ibi sunt. Quae omnia scias ad portionem hereditatis, quam tibi dedi, non pertinere." Quaero, quum sit in his domibus argentum, nomina debitorum, supellex, mancipia, an haec omnia, quae illic inveniuntur, ad alios heredes institutos debeant pertinere. Paulus: respondi, nomina debitorum non contineri, sed omnium esse communia, in ceteris vero nullum pronepoti locum esse.

---

3) L. 3 de cond. et dem. 35, 1 (Ulp. libro VI. ad Sabinum), L. 1 de cond. inst. 28, 7 (Ulp. libro V. ad Sabinum).

zeigt sie zwar mit gleicher Bestimmtheit, wie die L. 74 cit., daß die heredis institutio excepta re certa als heredis institutio aufrecht erhalten wird, und ist weiterhin der einzige unanfechtbare Beweis dafür, daß die in der Ausnahme bestimmter Sachen liegende Beschränkung, sobald nur die Person, der solche verbleiben sollen, erkenntlich ist, trotz der Aufrechterhaltung der heredis institutio durchgeführt wird (Neuner a. a. O. S. 93 ff.): allein für die Neuner'sche Annahme einer Subsumtion derartiger Erbeinsetzungen unter die her. institutio ex re certa ist sie offenbar völlig bedeutungslos, ja ich wäre fast versucht, dieselbe als Argument gegen die Neuner'sche Theorie zu gebrauchen. Wenigstens ist mir nicht recht begreiflich, wie Paulus ganz unbeanstandet von der Gültigkeit der Erbeinsetzung als etwas Selbstverständlichem ausgehen konnte, wenn solche eine Umdeutung der gebrauchten Worte, Detrahirung eines Theils derselben, Umwandlung der zunächst beabsichtigten Rechtswirkung in eine nicht unerheblich verschiedene vorausgesetzt hätte.

Hiemit ist, so weit ich die Quellen übersehe, die Reihe derjenigen Stellen erschöpft, welche von der heredis institutio excepta re ex professo oder gelegentlich sprechen, und wäre auch die Erörterung selbst zum Abschlusse gekommen, wenn nicht ein analoges Verhältniß noch einer Erwähnung und Besprechung bedürfte. Es ist dies die fideicommissarische Verfügung, daß der Erbe die Erbschaft ganz oder zu einem ideellen Theile einem Dritten zu restituiren habe: deducta, praecepta, retenta re. Bezüglich dieser in den Quellen häufig erwähnten Verfügung[4]) steht so viel fest, daß durch solche, der Retention unerachtet, ein Universalfideicommiß begründet und in Ausführung desselben die hereditas als universum jus übertragen wird (Neuner S. 96 f.; Vangerow 6. u. 7. Ausg. II. S. 485; Brinz II. S. 929; Dernburg

4) Vgl. z. B. L. 1 §. 16, 17, 21, L. 27 §. 14, L. 30 §. 4, L. 56, L. 58 §. 3, L. 68 §. 3, L. 72, L. 78 §. 18 ad SC. Trebell. 36, 1; §. 9 I. de fideicomm. her. 2, 23 und weitere Belege bei Buchholtz, die Lehre von den Prälegaten, S. 132 f., 255.

in diesem Archiv XLVII. S. 309 ff.); dagegen ist bestritten, ob die zur Präception bestimmte Sache dem Erben jure hereditario verbleibe (so neuerdings wieder Brinz a. a. O. mit guten, von Dernburg sehr mit Unrecht unberücksichtigt gelassenen Gründen), oder als Singularfideicommiß (so Neuner, Vangerow a. a. O). Für die hier vorliegende Frage kann diese Controverse unentschieden gelassen werden; denn wie sie auch entschieden sein mag: immer spricht die Gestaltung des Verhältnisses gegen die Neuner'sche Auffassung.

Wird mit Neuner davon ausgegangen, daß im Falle eines derartigen Fideicommisses die tota hereditas einschließlich der zur Retention bestimmten Einzelsachen den Gegenstand des Vermächtnisses bilde, die res retenta aber auf Grund eines dem Universalfideicommissar auferlegten Singularfideicommisses den Erben verbleibe (a. a. O. S. 96 ff.), so liegt folgende Argumentation nahe genug: Die Berufung auf das universum jus soll durch Herausnahme einzelner Gegenstände aus dem Nachlasse in eine Berufung auf singulas res verwandelt werden. Daß deßhalb mit dem Begriffe des heres eine institutio excepta re im Widerspruche steht, und daß folgeweise eine derartige Erbeinsetzung, will sie nicht für ungültig erklärt werden, durch Detrahirung der Ausnahmebestimmung rectificirt werden muß, ist einleuchtend. Wenn aber die röm. Jurisprudenz Berufung zum universum jus und Herausnahme einzelner Bestandtheile aus solchem für unvereinbar hält und in einer solchen beschränkten Berufung eine Berufung zur Singularnachfolge sehen zu müssen glaubt: aus welchem Grunde wurde denn ein Vermächtniß mit solcher Beschränkung nicht als Singularvermächtniß aufgefaßt? Der Begriff des Vermächtnisses stand ja keineswegs in gleicher Weise entgegen, wie der Begriff der Erbeinsetzung; und auch die praktische Gestaltung des Verhältnisses hätte sich bei dieser Behandlungsweise dem Willen des Testators entsprechend bewerkstelligen lassen, wie die Behandlung der ex SConsulto Pegasiano restituirten Fideicommisse zeigt. Wenn sich nun in den Quellen derartige Verfügungen durchaus als Universalfideicommisse darstellen, wenn selbst unter Umständen, unter denen der un-

mittelbare Inhalt des SC. Pegasianum zur Restitution ex Pegasiano Veranlassung gegeben hätte, bei den hier in Frage stehenden Verfügungen ex SConsulto Trebelliano restituirt wird (Reuner S. 101 ff.), so möchte sich hierin doch ein nicht unerhebliches Moment gegen die Richtigkeit jenes theoretischen Ausgangspunktes ergeben. Allerdings läßt sich auch bei der Annahme der Richtigkeit des letzteren die Möglichkeit nicht in Abrede ziehen, daß aus praktischen Gründen die Behandlung des Fideicommisses als eines Universalfideicommisses vorgezogen worden wäre. Allein unter dieser Voraussetzung müßten doch die Quellen irgendwie Hinweisungen darauf enthalten, daß eine Rectification der zunächst vorliegenden Willensäußerung, beziehungsweise eine von der Rechtsconsequenz abweichende Behandlungsweise in Frage stehe — wie sich derartige Hinweisungen z. B. in den die institutio ex re certa betreffenden Stellen häufig genug finden:

L. 1 §. 54 de hered. inst. 28. 5 (Ulp. lib. I. ad Sab.): Si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio detracta rei mentione.

L. 9 §. 13 e. t. (Ulp. libro V. ad Sabinum): Si duo sint heredes instituti, unus ex parte tertia fundi Corneliani, alter ex asse ejusdem fundi, Celsus expeditissimam Sabini sententiam sequitur, ut detracta fundi mentione quasi sine partibus heredes scripti hereditate potirentur, si modo voluntas patrisfamilias manifestissime non refragatur.

L. 19 de lib. et posth. 28, 2 (Paulus libro I. ad Vitellium): .... aliamque causam esse institutionis, quae benigne acciperetur (vgl. oben S. 91).

L. 35 pr. de hered. inst. 28, 5 (Ulp. libro IV. Disput.) ..... Dicebam, receptum esse, rerum heredem institui posse, nec esse inutilem institutionem, sed ita, ut officio judicis familiae herciscundae cognoscentis contineatur, nihil amplius eum qui ex re institutus est, quam rem, ex qua heres scriptus est, consequi.

In keiner der vielen Quellenstellen aber, welche von dem restituere hereditatem retentis certis rebus sprechen, ist, wie mir scheint, auch nur eine Hindeutung darauf zu entdecken, daß dem strengen Rechte nach ein Singularvermächtniß vorliege, das aus der Rechtsconsequenz fremden Gründen als Universalfideicommiß behandelt werde, oder daß eine Verfügung vorhanden sei, die um des in ihr enthaltenen inneren Widerspruches willen an sich nichtig, aber benigna interpretatione aufrecht zu erhalten sei. Ueberall ist vielmehr das restituere der hereditas als solcher neben der Retention der zur Präception bestimmten Werthe als einfache selbstverständliche Folge der Verfügung hingestellt, und nur etwa das Verhältniß der präcipirten Werthe zur Quart einer näheren Untersuchung und Begründung für bedürftig erachtet. [5])

Ist hienach selbst unter Zugrundelegung der gewöhnlichen Auffassung des Universalfideicommisses mit Retentionsbefugniß in Beziehung auf einzelne Werthe aus der rechtlichen Gestaltung desselben kein Argument für, wohl aber ein nicht unerheblicher Beweisgrund gegen die Reuner'sche Auffassung der heredis institutio excepta re zu entnehmen: so trifft dies in noch viel höherem Maße zu, wenn der heres fideicomm. die res retentae jure hereditario zurückbehalten sollte. Denn unter dieser Voraussetzung ist die Gestaltung der angeführten fideicommissarischen Verfügung ein unmittelbarer und voller Beweisgrund dafür: daß der Begriff der hereditas und die Herausnahme einzelner Stücke aus der Erbschaft, die Berufung zum universum jus und die Minderung des Umfangs durch exceptiones sich nicht widersprechen — wie denn auch Brinz (S. 929) sagt: „Indessen können und müssen wir zwar zugeben, daß ein Universalfideicommiß (hereditas fideicommissa) nicht denkbar sei, ohne daß die Erbschaft, oder eine Erbschaftsquote in ihrer Totalität an den Universalfideicommissar ge-

5) Vgl. namentlich L. 1 §. 16 u. 21 ad SCons. Trebellianum 36, 1 (Ulp. libro III. Fideicommissorum), L. 56 eod. tit. (Papin. libro VII. Responsorum), L. 69 pr. de legatis II. (Papin. libro XIX. Quaest.), §. 9 I. de fideicom. hered. 2, 20.

lange; allein daneben bleiben immerhin Ausnahmen denkbar; es bleibt denkbar, daß die Erbschaft nicht gerade ausnahmslos übergehen müsse." Von diesem Standpunkte aus — der wohl in dem Nachweise, daß die Neuner'sche Theorie von der hered. institutio excepta re unrichtig ist, selbst eine weitere Unterstützung findet — wirft sich denn freilich die Frage auf: warum ein derartiges Herausnehmen aus dem Nachlasse in der den Nachlaß selbst zuweisenden Verfügung zwar bei dem Universalvermächtnisse, nicht aber bei der Erbeinsetzung für zulässig erachtet, und warum zwar bei letzterer, nicht aber bei ersterer eine Streichung der Zusätze nothwendig geworden ist? Die obigen Bemerkungen über den Grund der in der L. 74 de hered. inst. 28, 5 angeordneten Streichung der exceptio geben die Antwort dahin: Wenn die zu restituirende hereditas durch Einräumung der Retentionsbefugniß an den heres fiduciarius gemindert wird, so ist deßwegen die Succession der einzelnen Vermögensbestandtheile, durch deren Retention die Minderung erfolgen soll nicht unbestimmt und ungeordnet gelassen; diese Rechte und Sachen verbleiben eben dem Erben, dem sie auf Grund der Uebernahme des universum jus zugekommen sind. Die Retentionsclausel hat also hier weder den Zweck, eine von der Universalsuccession getrennte und solcher gegenübertretende Succession in Einzelbestandtheile als solche zu begründen, noch das Resultat, daß die Succession in einzelne Vermögensbestandtheile ungeordnet ist, die letzteren ohne Succession bleiben. Die beiden Gründe, mit denen die heredis institutio excepta re certa als eine einen inneren Widerspruch in sich tragende Verfügung erkannt werden muß, treffen deßhalb hier nicht zu.
